



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº. : 10835/001.792/92-44
SESSÃO DE : 16 de outubro de 1995
ACÓRDÃO Nº. : 104-12.689
RECURSO Nº. : 80.876
MATÉRIA : FINSOCIAL/FATURAMENTO - EX. DE 1992
RECORRENTE : ORGANIZAÇÃO SOCIAL DE LUTO ATHIA LTDA.
RECORRIDA : DRF EM PRESIDENTE PRUDENTE (SP)

FINSOCIAL - CONTRIBUIÇÃO - Decretada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 7.689, de 15/12/88, por incompatibilidade manifesta com o Diploma Fundamental, inexistente base legal para cobrança da contribuição para o FINSOCIAL, a partir de 01/01/89, no que exceder a alíquota de 0,5% (meio por cento).

MULTA DE OFÍCIO - O depósito judicial anterior ao lançamento inibe a imposição da multa de ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **ORGANIZAÇÃO SOCIAL DE LUTO ATHIA LTDA.**

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento parcial ao recurso, para excluir da exigência a multa de ofício e a importância que exceder a aplicação da alíquota de 0,5% definida no Decreto-Lei nº. 1.940/82, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Sala das Sessões - DF, em 16 de outubro de 1995


LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
PRESIDENTE


REMIS ALMEIDA ESTOL
RELATOR



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº. : 10835/001.792/92-44
ACÓRDÃO Nº. : 104-12.689



CARLOS AUGUSTO TÓRRES NOBRE
PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL

VISTA EM SESSÃO DE: 19 OUT 1995
RECURSO DA FAZENDA NACIONAL: NÃO HOUVE

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: NELSON MALLMANN, RAIMUNDO SOARES DE CARVALHO, ROBERTO WILLIAM GONÇALVES e ELIZABETO CARREIRO VARÃO.





**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

PROCESSO Nº. : 10835/001.792/92-44
ACÓRDÃO Nº. : 104-12.689
RECURSO Nº. : 80.876
RECORRENTE : ORGANIZAÇÃO SOCIAL DE LUTO ATHIA LTDA.

RELATÓRIO

Contra a empresa **ORGANIZAÇÃO SOCIAL DE LUTO ATHIA LTDA.**, CGC MF. nº 55.337.158/0001-43, foi lavrado o auto de infração **FINSOCIAL/FATURAMENTO**, por falta de recolhimento da contribuição relativa aos meses de dezembro/91, janeiro e fevereiro/92, constando do referido auto a seguinte observação:

"Sem efeito os termos, visto o contribuinte estar amparado por Medida Liminar concedida em Mandado de Segurança.

Aguardar até decisão judicial final."

Inconformado, o contribuinte traz sua impugnação de fls. 11/13, suas razões foram assim resumidas pela autoridade julgadora:

"Como fundamento jurídico da peça impugnatória, o sujeito passivo alega nos autos tese de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade da instituição da Contribuição Social ao Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL.

Esclarece, ainda, a impugnante que impetrou AÇÃO JUDICIAL (Mandato de Segurança) de inconstitucionalidade relativa a exigência da contribuição em tela."

Decisão singular às fls. 18/20, mantendo a exigência e assim ementada:

"A propositura, pelo contribuinte, de mandado de segurança, ação anulatória ou declaratória da nulidade do crédito tributário da Fazenda Nacional importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto."



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº. : 10835/001.792/92-44
ACÓRDÃO Nº. : 104-12.689

Ciente dessa decisão em 18.08.93 protocola a processada tempestivo recurso em 17.09.93, alegando, em síntese, que:

"A Autoridade prolatora da decisão de 1ª Instância, acolheu a impugnação interposta, contudo, deixa de conhecê-la (sic), albergando-se no disposto nos artigos: 1º, par. 2º, do Decreto nº 1.737/79 (que regula os depósitos em garantia de Tributos Federais); e, no artigo 38 da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal).

Com efeito, o disposto nas retromencionadas normas, concluem pela renúncia ao direito de recorrer, e desistência de recursos acaso interpostos, na esfera administrativa, nas hipóteses do interessado discutir judicialmente a DÍVIDA ATIVA da Fazenda Pública, em Execução Fiscal, na forma da Lei nº 6.830/80, ou em Mandado de Segurança, ação de repetição do indébito, ou ainda, em Ações anulatórias ou declaratórias de débito fiscal, contudo, sempre relacionadas à débitos já inscritos na DÍVIDA ATIVA da União.

.....
O crédito tributário constituído para se converter em dívida ativa, requer o trânsito em julgado na fase administrativa, complementado pelas demais formalidades indispensáveis à sua inscrição.

Afigura-se providencial o parecer da lavra o ilustre mestre Prof. Humberto Theodoro Júnior:

"Ora, dívida ativa e crédito tributário não são a mesma coisa. Para que o crédito tributário se transforme em dívida ativa, há necessidade de um plus, que é sua inscrição no livro competente."

De outra parte, a não apreciação da matéria impugnada, pela autoridade julgadora de 1ª Instância, ou sua tentativa de impedir a "subida" do Recurso, ao Conselho de Contribuintes, afigura-se violento cerceamento de defesa, consubstanciado na negativa do contraditório pleno, em vigor desde 05.10.88, garantido pela vigente Constituição, em qualquer fase; seja na administrativa, seja na judicial, como expressão intangível do item LV do seu artigo 5º, in verbis:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº. : 10835/001.792/92-44
ACÓRDÃO Nº. : 104-12.689

"Art. 5º.

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"

Neste contexto, a decisão de 1ª Instância deve ser reformulada, para devolver ao Tribunal "ad quem" a apreciação da matéria.

.....

Ante ao exposto, por todas as razões articuladas, e mais as considerações aduzidas na peça preambular, à qual nos reportamos e a integramos como parte dessas razões, requer a Recorrente, seja a r. decisão de 1ª Instância, inteiramente anulada, remetendo a matéria à apreciação deste V. Conselho, para afinal declarar indevido, nas quantias instituídas, o crédito tributário constituído pelo auto de infração, que exige o FINSOCIAL à alíquota de 2%, além da multa de 100%, por lançamento de ofício, por sua flagrante ilegalidade."

É o Relatório.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

PROCESSO Nº. : 10835/001.792/92-44
ACÓRDÃO Nº. : 104-12.689

VOTO

CONSELHEIRO REMIS ALMEIDA ESTOL, RELATOR

O recurso atende aos requisitos de admissibilidade, devendo, portanto, ser conhecido.

Cumpra inicialmente enfrentar a questão da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, levantada pelo recorrente como motivo para anular o lançamento.

Vejamos o que diz o CTN (Código Tributário Nacional) a respeito do assunto:

“Art. 142 - Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação de penalidade cabível.

Parágrafo Único: A atividade administrativa do lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional

Art. 151 - Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

- I - moratória;*
- II - o depósito do seu montante integral;*
- III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;*
- IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.”*



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº. : 10835/001.792/92-44
ACÓRDÃO Nº. : 104-12.689

Nesse contexto, para que se possa estabelecer qualquer discussão sobre a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, obviamente, há de existir o próprio crédito tributário, e este nasce do lançamento, que é ato administrativo vinculado e meramente declaratório.

Salvo melhor juízo, não vejo sentido nas argumentações do recorrente, onde pretende que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, independentemente de qual seja a hipótese legal, seja capaz e suficiente para fulminar o lançamento que vem a ser o ato administrativo que declara o crédito tributário, mesmo porque a “suspensão” independe de ser declarada já que decorre da Lei.

O que não se pode admitir é que o fisco seja inibido de constituir o crédito tributário, primeiro porque é atividade vinculada sob pena e responsabilidade funcional e em segundo lugar porque se trata do único meio de interromper o prazo decadencial.

Por outro lado, não vejo qualquer prejuízo para o contribuinte pelo simples fato de haver o lançamento, já que estando a questão tributária submetida ao judiciário, há de prevalecer a sentença judicial seja qual ela for, razão porque não merece qualquer reparo o procedimento administrativo ora questionado.

Quanto à multa de ofício, considerando-se que os valores constantes do lançamento foram depositados judicialmente, acredito assistir inteira razão ao contribuinte, quanto a sua inaplicabilidade, vez que tais importâncias, caso a decisão judicial seja favorável à Fazenda, serão, na forma da Lei, convertidas em renda.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº. : 10835/001.792/92-44
ACÓRDÃO Nº. : 104-12.689

No tocante as alíquotas do FINSOCIAL seus percentuais foram, ao longo dos tempos e a partir do Decreto-lei nº 2.463/88, fixados através do artigo 7º da Lei nº 7.787, de 30.06.89, em 1% (hum por cento), do artigo 1º da Lei nº 7.894, de 27.11.89, em 1,2% (hum inteiro e vinte centésimos por cento)e, por último, do artigo 1º da Lei nº 8.147, de 26.12.90, em 2% (dois por cento).

Contudo, toda a discussão acerca do assunto parece-me, agora, dispicienda diante da recente decisão do Supremo Tribunal Federal que, em sua composição plenária, declarou a inconstitucionalidade da exigibilidade do FINSOCIAL, no que exceder à alíquota de 0,5% (meio por cento), por afronta aos princípios constitucionais. Refiro-me ao Recurso Extraordinário nº 150764-1 Pernambuco, de 16.12.92, que fulminou o art. 9º da Lei nº 7.689/88.

Com esta decisão, devido a incompatibilidade manifesta, do art. 9º da Lei nº 7.689/88 frente à Constituição Federal, a partir de 01.01.89, inexistiu base legal para a cobrança de FINSOCIAL no que exceder à alíquota de 0,5%.

Não bastasse, a M.P. 1142/95 que dispõe em seu artigo 17, item III, determina:

verbis:

“Art. 17 - Ficam dispensados a constituição de crédito da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº. : 10835/001.792/92-44
ACÓRDÃO Nº. : 104-12.689

III - A contribuição ao Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, exigida das empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, com fundamento no art. 9º da Lei nº 7.689, de 1988, na alíquota superior a 0,5% (meio por cento), conforme Leis nºs 7.787, de 30.06.89; 7.894, de 24.11.89; e 8.147, de 28.12.90, acrescida do adicional de 0,1% (um décimo por cento) sobre os fatos geradores relativos ao exercício de 1988, nos termos do art. 22 do Decreto-lei nº 2.397, de 21.12.87."

Nessa linha de raciocínio e tudo mais que do processo consta, meu voto é no sentido de DAR provimento parcial ao recurso, para excluir do lançamento a imposição da multa de ofício e, também, a importância que exceder a aplicação da alíquota de 0,5% (meio por cento) definida no Decreto-lei nº 1.940/82.

Sala das Sessões - DF, em 16 de outubro de 1995


REMIS ALMEIDA ESTOL